

5

Mayo
2007

la Tendencia
— revista de análisis político —

Director

Francisco Muñoz Jaramillo

Editor general

Ángel Enrique Arias

Consejo editorial

Jaime Arciniegas, Augusto Barrera
Jaime Breilh, Marena Briones, Carlos Castro
Galo Chiriboga, Eduardo Delgado
Julio Echeverría, Miryam Garcés
Luis Gómez, Ramiro González
Virgilio Hernández, Guillermo Landázuri
Luis Maldonado Lince, René Maugé
Paco Moncayo, René Morales
Melania Mora, Marco Navas
Gonzalo Ortiz, Nina Pacari
Andrés Páez, Alexis Ponce
Rafael Quintero Quintero, Eduardo Valencia
Andrés Vallejo, Raúl Vallejo
Gaitán Villavicencio

Coordinador editorial

Álvaro Campuzano

Diseño y diagramación

Fraktal – Francis Hernández

Fotografías

Archivo Ildis

www.rafaelcorrea.com/galeria/index.php

Auspicio

ILDIS-FES

Av. Republica 500, Edif. Pucará

Teléfono: (593) 2 250 9608

Quito – Ecuador

Edición y Distribución

Editorial TRAMASOCIAL

Reina Victoria N 21-141 y Robles

Edificio Proinco II, piso 6, Oficina 6B

Teléfono: (593-2) 2 255 2936

Quito – Ecuador

tramasocial@andinanet.net

Impresión

Gráficas Araujo

2471047 / 09 6012237

Los editores no comparten, necesariamente, las opiniones vertidas por los autores, ni éstas comprometen a las instituciones a las que prestan sus servicios. Se autoriza citar o reproducir el contenido de esta publicación, siempre y cuando se mencione la fuente y se remita un ejemplar a la revista.

laTendencia
— revista de análisis político —

c de esta edición: cada autor

ISSN: 13902571

Mayo 2007

Editorial	5
-----------	---

ANÁLISIS DE COYUNTURA

Orden, seguridad e institucionalidad en el gobierno de Correa Jorge León T.	7
Cien días intensos y eficaces de Gobierno Galo Chiriboga Zambrano	15
Perspectivas políticas tras los primeros días de gobierno Carlos Castro Riera	19
Cuatro lecciones de la consulta popular del quince de abril Pablo Ospina Peralta	25
UNASUR: la coordinada bolivariana Napoleón Saltos Galarza	30
'Acuerdo País': una opción ciudadana radical Fernando Cordero Cueva	36
La responsabilidad de ir juntos a la Asamblea Nacional Constituyente Norman Wray	40

ACTUALIDAD DE LAS IZQUIERDAS

9 Reflexiones sobre la izquierda latinoamericana actual Julio Echeverría	42
'Posneoliberalismo' y 'neodesarrollismo': ¿Las nuevas coordenadas de acción política de la izquierda latinoamericana? franklin ramírez gallegos	51
El desafío de la unidad Juan Cuvi	57
Democracia y sociedad mundial: reflexiones desde la socialdemocracia Christoph Zoepel	62

Hacia un nuevo socialismo democrático	68
Xavier Buendía Venegas	

DEBATE SOBRE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Las izquierdas y la constituyente	71
Francisco Muñoz J.	
Hacia una nueva inserción en el contexto global y regional	75
Pablo Andrade	
Hacia un nuevo esquema de regulación económica: re-definición del papel regulador del Estado	80
Pedro Páez	
Pobreza, inequidad social, empleo y desarrollo: propuestas para la constituyente	86
Carlos Larrea	
Encuentro Internacional “Experiencias Constitucionales en América Latina”	92
Néstor Raúl Correa	
La constituyente y la nueva constitución	98
Julio Cesar Trujillo	
Los retos de la próxima Asamblea Nacional Constituyente en torno a las definiciones del nuevo ordenamiento jurídico nacional	103
Diego Pazmiño V.	
Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la constitución	109
Rocío Rosero Garcés	
Una propuesta a la asamblea desde las mujeres autoridades locales	114
Margarita Carranco	
Propuesta de la Confederación de Trabajadores del Ecuador	119
CTE	

Los retos de la próxima asamblea constituyente en torno a las definiciones del nuevo ordenamiento jurídico nacional

Diego Pazmiño V.*

Con motivo de la consulta popular del pasado 15 de abril, una de las opiniones ciudadanas que se repetía diariamente en la prensa era que la Asamblea Nacional Constituyente nos daría ‘mejores leyes’. Este convencimiento espontáneo expresa uno de los principales problemas jurídicos que la constituyente deberá asumir.

¿Cuál es la utilidad de una nueva constitución política si las actuales leyes no se cambian? ¿De qué sirven los derechos y garantías constitucionales si las leyes que regulen su efectivo ejercicio no se dictan? ¿Cómo va a actualizarse el actual ordenamiento jurídico de acuerdo con el nuevo marco constitucional? ¿Cómo van a regir los principios y garantías ciudadanas y la nueva estructura institucional, luego de que se apruebe la nueva constitución en referéndum?

Los asambleístas que, en 1997-1998, formularon la constitución política actualmente vigente, también debieron enfrentar este tipo de interrogantes. Fue por ello, precisamente, que la anterior asamblea estableció, mediante norma constitucional, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional. Esta instancia sería la encargada, no sólo de elaborar proyectos de leyes por delega-

ción del Congreso o por iniciativa propia sino que, además, se encargaría de preparar proyectos que codificaran las leyes (Artículos 159 y 160 de la Constitución Política de la República). Sin embargo, se debe analizar críticamente la función cumplida por esta comisión pues, a partir del año 2003, antes que preparar proyectos de codificación de las leyes, lo que hizo fue reinterpretarlas, reformando por esta vía buena parte de ellas.

En este artículo, justamente, se analizan dos temas puntuales de la codificación realizada por la Comisión de Legislación y Codificación que ponen de manifiesto la arbitrariedad del trabajo realizado en esta instancia y sus consecuencias negativas en la integridad del ordenamiento jurídico nacional. Como marco general para ofrecer este análisis, antes se revisan algunos de los rasgos jurídicos más relevantes del actual orden constitucional, destacándose algunas de sus principales limitaciones e inconsistencias. Toda esta reflexión nos permite visualizar algunos de los principales problemas jurídicos que plantea la formulación de un nuevo marco constitucional y los mecanismos necesarios para armonizar, adecuar o reemplazar concretamente el marco normativo e institucional existente.

* Consultor Legal. Especialista en Derecho Administrativo

Cabe mencionar que buena parte de las reflexiones presentadas a continuación ya han sido consideradas por la opinión pública y han sido objeto de análisis por parte de destacados constitucionalistas. Sin embargo, analizar la labor de reinterpretación de las leyes realizada por el Congreso Nacional a través de un mecanismo imperceptible, poco democrático y nada transparente, curiosamente ha merecido poco o ningún interés, no sólo de parte de la opinión pública, sino también de los legisladores, de las entidades públicas y de los profesionales estudiosos del Derecho.

Con la oportunidad que presenta la próxima asamblea constituyente, se vuelve necesario evidenciar la actuación de la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional. Reformar esta instancia representaría la más clara y convincente muestra de voluntad política por reorientar el ordenamiento jurídico vigente. Al tiempo que formule una nueva constitución política, un reto crucial que le espera a la asamblea es el de establecer las vías para concretar el nuevo ordenamiento jurídico nacional, con leyes acordes a los nuevos fundamentos y principios que se definan.

I.

De manera esquemática y breve, el marco constitucional actualmente vigente puede caracterizarse por los rasgos descritos a continuación. Si bien estos aspectos de la actual constitución en su momento representaron importantes innovaciones, con el devenir político sus limitaciones y carácter meramente declarativo se han puesto de manifiesto.

La organización descentralizada ha chocado con los intereses regionales y de grupo, encarnados en instituciones que concentran el manejo y disposición 'autónoma' de gran parte de los recursos públicos.

Para empezar, uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho ecuatoriano es que es "participativo y de administración descentralizada". Sin embargo, la materialización de políticas públicas nacionales administradas de manera descentralizada ha carecido de instrumentos normativos e institucionales adecuados. Sin estos medios no ha sido posible transformar efectivamente la vieja administración pública estructurada centralizadamente y fraccionada a través de instituciones sectoriales, regionales y autónomas. Incluso a pesar de la voluntad política existente en determinados gobiernos, la descentralización del Estado ecuatoriano no se ha concretado. La organización descentralizada ha chocado con los intereses regionales y de grupo, encarnados en instituciones que concentran el manejo y disposición "autónoma" de gran parte de los recursos públicos.

Por otra parte, un paso importante para fortalecer la administración descentralizada fue el reconocimiento constitucional de un sistema de gobierno estructurado por niveles de administración territorial, nacional, provincial, cantonal y parroquial. La actual constitución incluso incorpora las circunscripciones territoriales indígenas como un nivel de gobierno. Todo esto implicó tanto la asignación de

responsabilidades, funciones, atribuciones y competencias a los denominados gobiernos seccionales autónomos, como una modificación sustancial de las funciones del gobierno central. No obstante, luego de decididos aunque puntuales esfuerzos, esta definición que abrió la posibilidad de transformar, principalmente, a los consejos provinciales y municipios en entidades de gobierno y administración territorial, y en res-

ponsables del desarrollo económico social de su respectiva circunscripción, ha quedado reducida al estatus de un principio declarativo. En efecto, la mayoría de los esfuerzos emprendidos por los consejos provinciales, los municipios medianos y las juntas parroquiales rurales (a través de sus organizaciones de coordinación y asociación) para fortalecerse como órganos de gobierno y administración territorial, han debido enfrentar obstáculos insalvables. Estas tentativas han chocado, sobre todo, con la oposición activa a la transferencia de recursos desde el gobierno central a los gobiernos seccionales autónomos.

La coexistencia de una Ley de descentralización y participación social, dictada en 1997, con los principios y mandatos de la Constitución política de 1998, constituye un desfase. Ello se evidencia en la inaplicabilidad de los mecanismos legales para proceder a la descentralización de la administración pública, y en el carácter inacabado de los procesos de descentralización (en buena parte existentes únicamente en el papel de los convenios suscritos).

En otro ámbito, se debe destacar la incorporación de los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, de los consumidores, los derechos ambientales, las garantías al debido proceso y la seguridad jurídica. Todos estos avances significaron una modificación sustancial en la definición y ejercicio de las garantías ciudadanas.

También es necesario subrayar el alcance de los principios y mandatos constitucionales actuales relativos al sistema de economía social de mercado. Éstos señalan objetivos permanentes de la economía y responsabilidades del Estado en este ámbito. También mencionan el trato igual a la inversión nacional y extranjera y la posibilidad de delegar la provisión de los servicios públicos (aunque la obligación de prestarlos continúe siendo una responsabilidad del Estado). Estos aspectos, que en su for-

mulación inicial permitían vislumbrar la necesidad de fortalecer la función reguladora y controladora de las instituciones del Estado, al momento de su aplicación, significaron el desmantelamiento de la estructura de las instituciones del Estado, y la reducción de los mecanismos de regulación y control, en muchos aspectos, a meras formalidades sin propósito.

Este panorama se complementa con la reducción de la planificación pública del desarrollo económico y social a un mecanismo técnico-administrativo. La planificación se trocó así en una mera coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, con poca o ninguna capacidad de incidencia en las políticas sectoriales y nacionales. El carácter exclusivamente indicativo de la planificación estatal para el sector privado, redundó en que éste, liberalizado y desregularizado, se guíe por sus propios intereses y estrategias.

También cabe señalar que en el marco constitucional de 1998, el anterior régimen jurídico de los recursos naturales, con algunas modificaciones menores, se mantuvo intacto. En el caso de los recursos no renovables, como el petróleo, se abrieron nuevas alternativas para la explotación y administración privada. En contraste, el esquema jurídico administrativo de los recursos renovables, como el agua, se mantuvo igual. La biodiversidad biológica, en su integridad, fue integrada como recurso.

Por último, la diferenciación entre leyes orgánicas y ordinarias ha tenido gran importancia y significación para la estructura del ordenamiento jurídico, su funcionamiento y aplicación. Esta distinción ha permitido jerarquizar las normas jurídicas de acuerdo a su ámbito, estableciendo la prevalencia de las normas relativas a la organización y estructura del Estado y a los derechos y garantías ciudadanas, respecto de las normas relativas a los recursos naturales y su racional aprovechamiento. Este tema

se considera a continuación, al analizar una de las modificaciones que, vía reinterpretación de las leyes, introdujo la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional.

II.

Desde principios de 1999 hasta finales del año 2001, la referida comisión codificó 10 leyes y en el año 2003 codificó 2 leyes más. Sin embargo, desde marzo del 2004 a julio del 2005, la comisión codificó 39 leyes, es decir, algo más de 2.4 leyes por mes. ¿Cómo es que los cinco miembros de la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional pudieron realizar un trabajo tan voluminoso en tan poco tiempo? La respuesta a esta pregunta no es objeto de estas reflexiones. Tampoco nos detendremos a explicar por qué se codificaron unas leyes y no otras como, por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos o la Ley de Minería, que requieren ser codificadas para ordenar las confusiones y ambigüedades que presentan en su aplicación. Lo que interesa aquí es poner de manifiesto la mala calidad del trabajo que se realizó: ningún diputado estuvo en condiciones, ni de tiempo ni de preparación técnico-jurídica, para revisar en detalle cada una de las leyes codificadas. Todas estas leyes fueron remitidas directamente por la comisión al Registro Oficial para su publicación, sin que se haya presentado observación alguna por parte de algún miembro del Congreso Nacional. Las observaciones sólo fueron generadas por las instituciones públicas y sectores privados afectados por las modificaciones incorporadas a través de estas codificaciones, y fueron atendidas mediante enmiendas ('Fe de erratas') emitidas por la comisión y publicadas en el Registro Oficial.¹

La revisión exhaustiva del conjunto del trabajo realizado por la Comisión de Legislación y Codificación es una tarea que le compete a un equipo de especialistas en diferentes ramas del Derecho. Sin embargo, para formarnos una idea sobre las reformas legales que se introdujeron a nombre de codificación, a continuación realizaremos un 'muestreo': se analizarán dos de las normas codificadas. La primera es el artículo 5 de la Codificación de la Ley de aguas relativo a la definición del derecho de aprovechamiento de aguas (R.O. 339 de 20 de mayo de 2004). Y la segunda, es el artículo 4 del Código Civil, referido a las leyes orgánicas y especiales (R.O.S. 46 de 24 de junio de 2005).

El Art. 5 de la codificación de la Ley de aguas dice textualmente:

"Por derecho de aprovechamiento se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley; salvo el caso de transferencia de dominio, con la sola presentación del título de propiedad del predio por parte de su adquirente, el CNRH traspasará automáticamente la concesión del derecho de uso del agua en forma total o proporcional a la superficie vendida al nuevo titular.

Las aguas destinadas a un inmueble o industria, podrán ser usadas por el mero tenedor de éstas, en las mismas condiciones y con las limitaciones que tuvo el titular del derecho de aprovechamiento.

Se respeta el derecho adquirido de las actuales concesiones legalmente otorgadas, las mismas que estarán sujetas a los derechos y condiciones establecidos en la presente Ley y sus Reglamentos, para su aprovechamiento."

El texto en cursivas no se encuentra en ninguna norma legal que de manera expresa o tácita haya

reformado la norma referida de la Ley de aguas. ¿Qué ha hecho la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso? ¿Por qué fue cambiada esta disposición legal?

Los comisionados, o quienes hicieron el trabajo por ellos, incorporaron al final del inciso primero del artículo 5 original de la Ley de aguas, el artículo sustitutivo del artículo 42 de la reformada Ley de desarrollo agrario. Éste se refiere al caso de excepción en que es posible transferir el derecho de aprovechamiento de aguas, cuando se fracciona y vende una propiedad agrícola. Además, se incorporó como inciso final del mismo artículo 5 de la Ley de aguas, la disposición del tercer inciso del artículo 40 de la Ley de desarrollo agrario: "se respeta el derecho adquirido de las actuales concesiones".

Como vemos, dos disposiciones de la Ley de desarrollo agrario fueron traspasadas a la Ley de aguas. Con esto el sentido y alcance de la Ley de desarrollo agrario fueron ampliados más allá del ámbito de los derechos de aprovechamiento de aguas para riego o producción agropecuaria. El término "derechos adquiridos" que se reproduce en el inciso final del artículo 5, es un rezago del intento de convertir el derecho de aprovechamiento de aguas en materia agrícola, o bien, en un derecho de carácter real susceptible de apropiación y de carácter patrimonial. Cuando se reformó la Ley de desarrollo agrario (agosto de 1994) se suprimió la frase "derecho real", pero se mantuvo la expresión "derecho adquirido" que ahora, con la codificación de la Ley de aguas, adquiere un carácter general, aplicable a todas las concesiones de derechos de uso y aprovechamiento de aguas, independientemente del uso para el que tal derecho se otorga.

Para que este artificio pase por codificación de una ley, es necesario forzar el concepto de lo que es codificar. Denominar de ese modo a la labor de reinterpretación de las normas legales esconde la defensa de un interés que no es el interés general.

Un segundo ejemplo de la dudosa actuación de la Comisión de Legislación y Codificación es el caso de la codificación del Código Civil. El artículo 4 expresamente establece que:

"En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes orgánicas o especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes."

El texto en cursivas es lo que el codificador ha añadido, puesto que la disposición original se refería únicamente a las leyes especiales.

Para comprender el sentido y alcance de esta modificación de la norma civil, es necesario recordar que la Constitución política vigente estableció que las leyes podrán ser orgánicas u ordinarias. Las leyes orgánicas, por un lado, son las que la norma constitucional señala de manera general, en relación con la materia que regulan. Ésta puede ser: a) la organización y actividades de las funciones del Estado, las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado establecidos en la Constitución; b) el régimen de partidos, el ejercicio de los derechos políticos y el sistema electoral; c) las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección; y, c) todas aquellas leyes que la Constitución determine que deben expedirse con ese carácter. Todas las demás leyes, por otro lado, son ordinarias (Art. 142 de la CPR). La importancia de esta distinción radica en que la aprobación, reforma, derogatoria o interpretación de estas leyes, requiere de mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional. Además, una ley ordinaria no puede modificar una ley orgánica, ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial (art. 143 de la CPR).

Esta distinción entre leyes orgánicas y ordinarias, propia del Derecho Político y Constitucional, fue trasladada al ámbito del Derecho Civil. Con ello se ha distorsionado la diferencia entre leyes

¹ Un listado de todas las leyes codificadas entre 1999 y 2005 se encuentra publicado en la *Revista Judicial* No. 7545 del periódico La Hora del día lunes 26 de septiembre de 2005.

generales y especiales que caracteriza a esta rama del Derecho. De esta manera, se ha introducido una confusión en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico a cuya estructuración y definición habían contribuido (en vano) las nuevas normas constitucionales.

Cabe preguntarse, entonces, cuál fue el razonamiento del codificador a la hora de introducir el término de leyes orgánicas en el ámbito del derecho civil. ¿Sería acaso la evidencia de que el juzgamiento al que se refiere la norma, sólo puede darse sobre la base de las normas de procedimiento, que son leyes orgánicas? No es posible saberlo...

III.

Para concluir, se puede anotar que, actualmente, buena parte del ordenamiento jurídico nacional ha sido objeto de una reinterpretación al amparo de una facultad atribuida a una de las Comisiones del Congreso Nacional. Tal reinterpretación es el resultado de un proceso legitimado por la Comisión de Legislación y Codificación y por el Congreso Nacional. Pero, a juzgar por la calidad del trabajo realizado, esta reinterpretación fue realizada por

autores anónimos que no tienen responsabilidad alguna. El criterio jurídico aplicado para esta codificación *sui generis* de leyes, se ha impuesto por ministerio del mandato constitucional, mas no por la decisión expresa de los legisladores en conocimiento del texto de las codificaciones realizadas.

En consecuencia, tanto formular una nueva constitución política como ponerla en vigencia, requiere de un mecanismo democrático, transparente y participativo, a través del cual se dicten las leyes correspondientes o se reformen las actuales. Sólo así se podrá dar forma y vigencia al nuevo ordenamiento jurídico implicado en el nuevo orden constitucional. Además, es necesario adoptar las medidas necesarias para que el proceso de revisión del actual ordenamiento jurídico, no diluya o erosione las normas legales y la organización institucional, hasta tanto se defina el nuevo ordenamiento.

El mayor reto ciudadano en el proceso que se viene es, sin duda, mantener la vigencia de la juricidad y establecer las vías para transitar sin tropiezos hacia la vigencia de un nuevo ordenamiento jurídico-político.